

21



北京市高等教育精品教材立项项目

21世纪法学系列教材

民法总论

(第二版)

刘凯湘 著

民商法系列



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

21



北京市高等教育精品教材立项项目

21世纪法学系列教材

民商法系列

民法总论

(第二版)

刘凯湘 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民法总论/刘凯湘著. —2 版. —北京:北京大学出版社,2008.3

(21 世纪法学系列教材·民商法系列)

ISBN 978-7-301-10595-5

I. 民… II. 刘… III. 民法-中国-高等学校-教材 IV. D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 018035 号

书 名: 民法总论(第二版)

著作责任者: 刘凯湘 著

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 978-7-301-10595-5/D·1468

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 24 印张 460 千字

2006 年 4 月第 1 版

2008 年 3 月第 2 版 2008 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

第二版说明

本教材于2006年4月初版印刷后,承蒙读者厚爱,于2007年1月即进行了第二次印刷。第二次印刷时未对教材内容进行任何修改。

考虑到过去一年多中《中华人民共和国物权法》的颁布和《中华人民共和国合伙企业法》的修改等民商事立法的变化,作者根据上述变化的内容对其中相关的部分作了相应的修改,主要是第五章第二节“合伙”和第二章第二节“民事法律关系的客体——物”。其他章节对个别文字作了订正。

真诚希望读者诸君对本教材继续提出批评意见。

刘凯湘

2007年岁末于北大法学楼

弁 言

一

写一本民法总论的教科书似乎是很长时间之前就想做的一件事,北京大学出版社正好也将民法总论的教材列入了出版计划,并较早就签订了出版合同,但迟至今日方才成稿付梓,其因有三:一是民法总论教科书的写作其实是一项整理、反思、细研自己全部民法知识和民法思想的过程,进而是一项检测自己法学研习二十余载所得所思的积累的过程,余功底浅薄,故而愈写愈觉胆怯,愈写愈觉需要重新审视的观点太多,也因此愈写速度愈慢。二是这些年我国民商法理论和实践发展迅速,相关立法包括物权法、民法典的起草工作和合同法、公司法等的修订工作相继进行和展开,其间需静思、静察、静待者尤多,故而时停时写,时写时停。三是本人生性懒怠,大抵之事不到火烧眉毛不会自觉地笨鸟先飞。这三个原因,最重要的当然是最后一个。

二

好在认真写这本教材时有一个基础,这就是我于1999年主编的由中国法制出版社出版的《民法学》一书,其第一编第一章至第八章是我撰写的。有了这个基本框架,写起来方便多了。但写作时发现,尽管时间只过去五六年,很多想法和观点却又有了较大甚至很大的改变和发展。于是大部分章节只好另起炉灶。基本体例依照民法学界通行的体例而设,但有所取舍与变通,章节的内容在详略繁简方面也根据自己的思考而有所调整,例如,就章而论,导论、民事法律关系、法人、法律行为四章内容最多,写得最为详细,其他各章则相对较为简略,特别是如代理、诉讼时效。就节而论,即使是较为简略的一章也可能有较为详细的一节,如自然人一章中的自然人的人身权,这主要是考虑到人身权制度在民法的三大板块中断不可能放在物权法中去探讨,亦难以放在债权法中去探讨,放在民法总论中探讨是最为妥帖的。

三

写教材与写论文差异甚大。教材有自己的特点和规律,在体例结构、内容详

略、程度深浅、论述思路等方面都不同于论文。按照惯例,写教材在遇有不同观点时当采通说,我努力这样去做,但思路安排却不侧重介绍通说,而重在评论,并得出自己的结论,俾使读者特别是法学院的学生能够带着思考的习惯去读教材,去看待民法问题。所以,叙述方法上仍不免有论文的痕迹。例如,对生命利益支配权的论述中,关于对自杀、对安乐死的论述更表现为一种观点论证而非知识介绍。不少具有创新意义的观点都以此种或多或少含有论文论证的方法展开,此点尤请读者注意。例如,关于法律行为的形式,我第一次将其区分为表达形式与程序形式,即法律行为依其是否与行为人本人的意思表示直接相关而区分为法律行为的表达形式与法律行为的程序形式,并分别论证了各自的意义。又如,关于民法的性质与理念的论述,也是以论文的论证方法进行。至于引证诸家学说而予评论,不过凭一民法研习者的身份,班门弄斧,妄为指点,尚乞明达君子谅之。

四

本书写作过程中,参阅了大量的民法学界前辈、同道以及后起俊秀的著作,包括教材、专著和论文,没有这些著作包含的民法知识和民法思想为基础,本书无以成文。我在书后列出了主要的参阅书目,并在此向这些作者表示衷心的感谢!

同时,十分感谢北京大学出版社的编辑冯益娜女士。她不仅校对出本书初稿中的许多错误,而且一直在催促和鞭策我的写作。

五

本书最后修改时,恰逢我因美国政府富布赖特项目赴美,于范登堡大学法学院作访问学者,其间我的夫人邱素琴女士数次从国内给我邮寄大量书籍资料,我的女儿琪琪与我同在美学习,数次帮我书稿打字录入。所以我要在此感谢我的夫人和爱女。

六

本人才疏学浅,而民法繁博艰深,故而本书观点舛误、逻辑错乱、内容失当以至文字方面的鲁鱼亥豕之误,实在所难免,尚望同仁真诚指教!

刘凯湘

2006年1月于美国范登堡大学

目 录

第一章 民法导论	(1)
第一节 民法概述	(1)
第二节 民法的产生与发展	(5)
第三节 民法在中国	(12)
第四节 民法的性质与理念	(18)
第五节 民法的基本原则	(25)
第六节 民法的渊源	(30)
第七节 民法的适用范围与适用规则	(34)
第八节 民法的解释	(36)
第二章 民事法律关系	(48)
第一节 民事法律关系概述	(48)
第二节 民事法律关系的客体——物	(59)
第三节 法律事实	(71)
第四节 民事权利	(75)
第三章 自然人	(99)
第一节 自然人概述	(99)
第二节 自然人的权利能力	(100)
第三节 自然人的民事行为能力	(105)
第四节 监护	(114)
第五节 宣告失踪与宣告死亡	(121)
第六节 自然人人身权制度概述	(125)
第七节 自然人的人格权	(132)
第八节 自然人的身份权	(154)
第九节 人身权的民法保护	(157)
第四章 法人	(168)
第一节 法人制度概述	(168)
第二节 法人的分类	(175)
第三节 法人的民事能力	(190)
第四节 法人的设立、变更和消灭	(195)
第五节 法人的机关	(209)

第六节 法人的民事责任承担	(214)
第五章 非法人组织	(218)
第一节 非法人组织概述	(218)
第二节 合伙	(224)
第三节 其他非法人组织	(241)
第六章 法律行为	(253)
第一节 法律行为概述	(253)
第二节 法律行为的分类	(256)
第三节 法律行为的成立与生效	(271)
第四节 法律行为的形式	(275)
第五节 法律行为中的意思表示	(289)
第六节 附条件与附期限的法律行为	(297)
第七节 无效法律行为	(316)
第八节 效力未定法律行为	(330)
第九节 可撤销法律行为	(333)
第七章 代理	(343)
第一节 代理制度概述	(343)
第二节 代理的分类	(346)
第三节 代理权	(349)
第四节 无权代理与表见代理	(354)
第八章 民法上的时间	(358)
第一节 时间在民法上的意义	(358)
第二节 期日和期间	(360)
第三节 时效制度概述	(362)
第四节 诉讼时效	(363)
第五节 除斥期间	(371)
主要参考书目	(374)

第一章 民法导论

第一节 民法概述

一、民法的概念

民法乃一国法律体系中之基本法,与刑法、行政法、诉讼法等共同构成一国之部门法体系,为最重要的法律部门之一。

民法者,市民社会之法则也。汉语中“民法”一词实非古汉语固有之词,而乃西方法律文明之舶来品。我国近现代民法一语,究其渊源,第一步可追溯到日本民法,恰如学者所言,“民法一语,典籍无所本,清季变法,抄自东瀛”^①。第二步可追溯到法国民法,因日人却是从法语 *droit civil* 转译而来。第三步则须追溯到罗马法,盖因法语中的 *droit civil* 乃来自于罗马法中的 *jus civile* 即市民法,其他欧陆诸国如德国、瑞士、意大利等国关于此语之名称也均系由市民法转译而来^②,而日人转译时从其简,省掉了一个“市”字,遂有汉字中“民法”之称谓。是故,民法之真正根源乃罗马法,研究民法的人便无不“言必称罗马”。

二、形式民法与实质民法

形式民法与实质民法乃大陆法系之区分。大陆法系重制定法,尤重制定法的最理想形式——法典法。一部法典就是这个部门法的基本内容、基本理念的高度概括,就是这个部门法的集大成者。刑法如是,诉讼法如是,商法也如是。所谓形式意义的民法,就是指由各国立法部门颁布的民法法典。举凡《法国民法典》、《德国民法典》、《意大利民法典》、《日本民法典》等,无不是在世界法制

① 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第14页。

② 此说为我国民法学界前辈学者之通说,可参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第8页;梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第14页;郑玉波:《民法总则》,台湾三民书局1979年版,第9—10页之注①、注②。现时学者也从之,可参见佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第1—2页;张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年版,第1页;梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第1页;王利明、郭明瑞、方流芳:《民法新论》(上),中国政法大学出版社1988年版,第1页;《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第412页。但关于日人中谁是使用“民法”之第一人,则有二说,一说为箕作麟祥,其在转译法语 *droit civil* 时将其译作民法,可参见前引胡长清书,第8页;一说为津田真道,其在转译荷兰语 *burgerlyk regt* 时将其译作民法,此说源于日本民法学者穗积重远之考证,可参见前引张俊浩书,第1页注①、王利明等书,第1页注①。

文献中熠熠生辉的篇章。

但最完善的法典也是无法穷尽社会生活的方方面面的,一个国家市民社会的关系不可能由一部民法典就能够规范得了,国家在民法典之外还需要颁布大量的具有民法性质的法律、法规以及判例、司法解释等,形成一个庞大而协调的民事法律体系,方能满足市民社会之需要。这些以民法典为中心的大量的具有民法性质的法律、法规、判例、司法解释等,就是所谓的实质意义的民法。在大陆法系看来,一部比较完善的民法典绝不是可有可无的,它几乎是民法作为部门法存在的标志,如果一个国家没有这样一部民法典,人们是很难说这个国家有完善的民法的。

英美法系在传统上受罗马法的影响极少,民法(其他部门法也如是)没有采取法典形式,而是由判例法规则和单行制定法构成,形成如财产法、契约法、家庭法、侵权行为法等民法的分支,而无大而全的民法典。是故,在英美法系中并无所谓形式民法与实质民法之分。20世纪初以来,两大法系相互借鉴,相互融合,大陆法系国家越来越重视判例的作用,英美法系国家越来越关注制定法的意义,但迄今为止,英美法系国家并未颁布统一的以民法典命名的制定法^①,有趣的倒是美国在1956年颁布了以商法典命名的《美国统一商法典》(Uniform Commercial Code,简称UCC)。

新中国于1986年4月颁布了《中华人民共和国民法通则》,该法并非民法典,但又不同于一般的单行民事法律,因其既非如大陆法系国家有关民事法律制度的一般立法,又非就某一特定民事法律制度所作的单行立法,故学者称其为“准法典”。必须明确:“准法典”并非真正的法典,我国目前尚无形式意义的民法,即民法典。《中华人民共和国民法典》正在起草过程中。

三、我国民法的调整对象

民法所以不同于其他法律而成为独立的部门法,首先是因为民法有属于自己调整的社会关系。概而言之,民法以市民社会中的财产关系和人身关系为其调整对象。

《中华人民共和国民法通则》第2条规定:“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”这一规定揭示了我国民法的调整对象的特征与范围。

(一) 民法调整对象的特征

民法的调整对象具有如下特征:

^① 美国有六个州有民法典,但除路易斯安那州是实行《法国民法典》外,其余五个州的民法典为判例法规范汇编,是按英美法体系编纂的。参见江平:《西方国家民商法概要》,法律出版社1984年版,第30页。

1. 民法的调整对象是市民社会中平等主体之间的社会关系

人与人之间的关系有些是平等的,有些是不平等的。不平等并不是说法律有意将人分成三六九等,人格各异,而是说在这种社会关系中基于国家和公共利益的需要而赋予一方当事人以某种特别的职权,依这种特别的职权一方当事人可以不经协商而强制性地要求他方当事人为某种行为或不为某种行为。如税收机关代表国家向纳税人征税,由此形成的征税机关与纳税人之间的社会关系便是不平等的,纳税人不能要求征税机关以平等的身份与其就纳税事宜(如税种、税率、纳税期限、减免税等)进行协商。而凡属民法调整的社会关系则全部是平等主体之间的平等关系,这种关系以主体身份之平等、权利义务之对等、意思表示之一致为基本特征。毫无疑问,平等是人与人之间关系的主流,是人与人之间关系的真谛,是人类最善良的追求,是人权最基本的要求,而民法就是以调整这种发生在平等主体之间的平等关系为己任的。

2. 民法调整的社会关系包括财产关系和人身关系

市民社会中人与人之间的关系繁多,其中尤以具有经济利益内容的财产关系和具有人身利益内容的人身关系为重。财产关系即商品经济关系,它是市民社会中的人的立足之本,生存之根。任何人(自然人或具有组织体的法人),自其出生或成立之时起,就无不与其他社会成员产生了广泛的经济联系,形成了具有经济利益内容的财产关系,其以后的生存与存续期间也需大量地与其他人发生各种各样的财产关系,以满足其生活与经营之需要。人们发生商品交换、进行经济往来、决定财产分配的规则就是由民法规范确立的。所以,市民社会中的财产关系由民法调整。

人与人之间的关系除了财产关系外,还有更为深刻的人身关系,这是由人的社会与精神属性所决定的。如果说经济与财产关系的发生是主要基于人的生理与自然特质的需要,那么人身关系的发生便是基于人的文化与精神特质的需要。人是具有这双重属性的生物或组织,这一点在自然人表现尤甚。人在这种非经济、非财产关系而纯粹为文化与精神关系中的利益就是所谓的人格。人身关系的本质为人与人之间身份与地位的平等性,所以市民社会中的人身关系也由民法调整。

3. 民法调整的社会关系以权利为出发点和归宿

社会关系之顺畅与有序赖于人们依诚实信用之原则,以宽容体谅之心态处理之。然社会利益冲突总不可避免,究其原因,乃法律对权利义务关系的处置不当,或权利义务本末倒置,或权利义务分配不公。市民社会之关系乃平等主体间之关系,人们缔结市民社会之财产关系与人身关系乃为获得积极的经济利益与人格利益,正所谓“天下熙熙,皆为利来,天下攘攘,皆为利往”,而这种利益之法律化便是权利。民法就是要为人们确定缔结市民社会财产关系与人身关系的权

利预期,通过对权利的设置与保护而达到维护市民社会关系的顺畅与有序的目的。所以民法调整的社会关系以权利为出发点和归宿。

(二) 民法调整对象的具体范围

1. 民法调整的财产关系的范围

市民社会中的财产关系丰富繁杂,然大体可将其分为两类,即静态的财产分配关系和动态的财产流转关系。

静态与动态者,非指财产的事实状态,而指财产的法律状态。一物处于汽车运输途中,其所处事实状态为动态,而其所处法律状态为静态,因其所有者是明确的;反之,一物置于室内未动,然其主人正将其卖与他人,签订合同,则其所处事实状态为静态,而所处法律状态为动态。质言之,静态与动态所言者,乃财产在法律上的权利状态。

市民社会中的财产分配关系是指一定的财产在各社会成员之间的归属状态,它反映的是谁可以拥有财产、可以拥有什么样的财产、如何拥有财产、拥有财产可以行使哪些权利等,很显然,这种财产归属关系要受到一国经济制度与所有制关系的制约,但在一国经济制度与所有制关系为确定状态的前提下,财产的分配与归属规则便由民法来创立。民法调整这种财产分配与归属关系的规则便形成民法中的物权制度。

市民社会中的财产流转关系是指一定的财产在各社会成员之间的交换状态,它反映的是如何将属于自己的财产让渡给他人或以其他方式与他人进行交换、如何确定交换财产的对价、如何设定交换双方的权利义务等。有学者将这种财产关系称为交换关系而非流转关系。窃以为流转者,财产本身或财产上的利益在各社会成员之间来往、交流、转换也,交换是其中的主要方式,但交换纯以相互支付对价为条件,而社会成员除交换外还可以非对价的方式转让财产,流转之外延大于交换,故这种动态的财产关系用“流转”比用“交换”要更妥帖些。民法调整这种财产流转关系的规则便形成民法中的债权制度。

市民社会中的财产分配关系与财产流转关系并非截然而分、互不相扰,相反,它们总是交互发生、依次纠缠在一起的,要拥有财产必得参加流转关系,而要参加流转关系又总得先拥有财产,而且一物可以同时既处于静态关系又处于动态关系中,如房主将其房屋租与承租人,则该房屋既作为所有权关系即物权关系的标的物存在,又作为合同关系即债权关系的标的物存在。但民法总是能根据物权法规则或债权法规则将其分辨清楚的,物权关系有物权得丧变更之效力,债权关系有债之给付之效力。

2. 民法调整的人身关系的范围

市民社会中人身关系之谓者,非以经济或财产利益为目的,而以人格与身份利益为目的,并以人格权与身份权为内容之社会关系也。对人格关系与身份关

系之调整,便形成民法中的人格权制度与身份权制度,合称人身权制度。

私法中的人格有两种含义:其一指民事主体的民事权利能力,即作为私法上主体所须具备的法律资格,它是民事主体获享民事权利的前提,是法律对人的主体资格的一种赋予或确认,任何人自出生即享有这种资格,而这种资格又是与人本身不可分离,既不可转让,也不能放弃。此种意义上的人格实则与民事权利能力为同义语。其二是指人格利益,即人格乃为法律保护的一种客体,对人格利益享有的权利称为人格权,如同对财产利益享有的权利称为财产权。人格关系中的人格当为此种意义之人格。人格利益的核心内容是人是在与他人的交往中和社会生活中所应获得的安全、健康、自由、尊严等方面的满足,故人格权包括生命权、健康权、人身自由权、名誉权、隐私权等。

身份者,人在社会上或法律上的地位也。^① 法律意义上的身份多为此种含义,故哲人有“从身份到契约”之概括。然私法上所称之身份大异其趣,非指人在社会上之地位,而指人在家庭范围内基于血亲和姻亲而与其他家庭成员形成的相互关系中的身份利益,以这种身份利益为目的的家庭成员之间的社会关系就是民法调整的身份关系。身份利益是身份权的客体,身份权包括亲权、配偶权、监护权、继承权等。

人身关系与财产关系同为民法调整之社会关系,人格权与身份权合而形成的人身权,本应为私法上之主要权利,然从民法法系之民法典考察,财产权(物权、债权)在民法典中均独立成篇,且为民法典之主要内容,卷帙浩繁,分量尤重,而人身权制度,在《法国民法典》尚有第一篇“人法”,对人身权多有规定,而自《德国民法典》始,身份权内容多有加强,亲属、继承各占一篇,而人格权部分却似受冷落,至少从篇章安排上看有此之嫌。1986年颁布之《中华人民共和国民法通则》,虽非民法典,却是第一次将人身权与物权、债权并列而为单独之一章(与此相同的情形还包括知识产权),此举被学者誉为“对世界民法发展史的一个具有开创性的贡献”^②。然作为民法调整之两大社会关系,无论在民法理论研究与教学中,还是在民事立法与民事司法实践中,人身权与财产权相比总觉分量太轻,有不协调之虞。

第二节 民法的产生与发展

民法是一门古老的法律学科和法律部门,历史悠久,源远流长。

^① 参见《现代汉语词典》,商务印书馆1980年版,第1008页。

^② 杨立新:《人身权法论》,中国检察出版社1996年版,第5页;王利明、杨立新、姚辉:《人格权法》,法律出版社1997年版,第1页。

一、古代民法

成文法的颁布在世界文明史上具有里程碑的意义,因为它最大可能地防止了统治者的权力滥用,在全社会建立起一体遵循的行为规则,使人们对自己行为的性质和后果有了统一的判断与预期的标准。

通说认为,《汉穆拉比法典》是世界上迄今保存完整的最早的成文法典。^①该法典是公元前18世纪由古巴比伦王国第六代国王汉穆拉比(前1792—1750年)颁布的。《汉穆拉比法典》其实是一部司法判决的汇编,而并非抽象的规范,正文部分共282条,主要内容依次为:法院、司法方面的犯罪与财产方面的犯罪;财产与损害赔偿;各种契约;婚姻、家庭与继承;人身保护;劳动等。^②由是观之,法典涉及社会生活的方方面面,民刑不分,实体与程序合一,但民事部分的内容占据显著地位(据学者统计达237条,占全部条文的84%)^③,当为民事立法之肇始。其民事部分的主要内容包括:(1)所有权制度。土地的所有制形式有三种,即王室土地、公社占有土地和私人所有土地;土地之外的其他财产和奴隶被宣布为无条件的私有,受到法律的严格保护。(2)债的制度。其规定的契约种类有买卖、财产租赁、借贷、保管、合伙、人身雇佣等,其中以财产租赁、借贷和买卖契约最为流行。(3)婚姻、家庭与继承制度。婚姻是按照契约方式进行的,没有缔结婚姻的契约被认为无效。家庭关系以家长权为中心,丈夫对妻子、父亲对子女有完全的控制权。遗产由儿子平均继承。^④

东方古代民法值得一提的是古印度的《摩奴法典》。如同《汉穆拉比法典》一样,《摩奴法典》并非抽象的法律规范,而是古印度奴隶制社会习惯法的汇编,内容涉及宗教、哲学和法律,多达2684条。其法律方面的内容包括所有权、债、婚姻家庭与继承等。在所有权方面,规定国王是“大地的主人”,对全国土地享有最高所有权,只有高级种姓的人(婆罗门、刹帝利)才能占有土地,奴隶和牲畜一样属于动产。在债法方面,规定契约通常以宣誓方式订立,违约就是违背誓言,不但要负民事责任,还应受到刑事处罚;土地只能在同类人之间进行转让;强调交易中的形式意义(如买卖不动产需有40个与买主不同家族的邻人作证);借贷的利息因种姓不同而不同,种姓越低所付利息就越高。在婚姻家庭继承方面,规定原则上不同种姓之间禁止通婚,但允许高级种姓的人从低级种姓中娶妻;上层阶级实行一夫多妻制,下层阶级实行一夫一妻制;家长享有家庭的全部

① 参见《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第273页。

② 参见陈盛清主编:《外国法制史》,北京大学出版社1982年版,第6页;《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第273页。

③ 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第3页。

④ 参见陈盛清主编:《外国法制史》,北京大学出版社1982年版,第9—13页。

权力,包括对妻子和子女人身方面的支配权;遗产由儿子均分。^①

二、罗马民法

罗马民法也属古代民法,然其影响与贡献非任何一国古代民法所能比,这不仅因为“罗马法是简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法”^②,而且因为“现代民法的基本制度都是从罗马法发展而来的”^③。

(一) 罗马法的演变与体系

罗马法并非一部法典,而是泛指从公元前6世纪罗马国家形成至公元6世纪中叶查士丁尼皇帝编纂法典为止的整个历史时期所有的法律。^④

古代罗马国家建立在欧洲地中海中央的亚平宁半岛上,罗马人属于印欧语系民族的一支——拉丁族。公元前510年罗马建立共和国,公元前449年由“十人立法会”在总结原有习惯法和参照雅典梭伦法制的基础上,制定了若干法律,刻在十二块铜表上,史称《十二表法》,此为罗马第一部成文法。^⑤以后还通过了一系列法案。

共和国时期罗马法的特点是市民法占据统治地位,市民法与万民法并立。所谓市民法,也称公民法,是指由民众大会和元老院通过的、仅适用于罗马公民的、带有规范性的决议以及其他一些习惯法规范。早期的市民法具有体系不完整、内容较保守、法律形式主义色彩浓厚的特点,且主要是有关罗马共和国的行政管理、国家机关以及诉讼程序等问题,涉及私法内容的条文并不占多数。随着商业的发展和罗马征服地区的扩大,罗马公民与异邦人及被征服地区居民之间适用法律的矛盾渐趋突出,因为后者不享有罗马市民权,他们内部及其与罗马市民间在私法上的权利义务关系另由外事裁判官审理,这样,约在公元前3世纪左右逐渐形成了与市民法不同的法律体系,这就是万民法。万民法中的绝大部分是关于财产所有权和债的方面的,私法属性更浓,而且体系也较市民法完整。必须指出的是,万民法与市民法并非完全对立,万民法的原则通过最高裁判官而移植到市民法中去,二者不断呈交替融合之势。至公元212年,卡拉卡拉皇帝赋予

① 参见陈盛清主编:《外国法制史》,北京大学出版社1982年版,第26—29页;《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第707页。

② 《马克思恩格斯全集》第36卷,人民出版社1974年版,第169页。

③ 周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第16页。

④ 同上书,第50页。

⑤ 十二表分别为:传唤;审理;执行;家长权;继承和监护;所有权和占有;土地和房屋(相邻关系);私犯;公犯;宗教法;前五表的补充;后五表的补充。参见周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第36—37页。因公元前390年高卢族侵入罗马,铜表全部被毁,原文散佚,故学者整理与重建的十二表法在条文顺序与内容上略有差异,如陈朝璧所称之第2表为“审判”,第3表为“求偿”,第4表为“家父权”,参见《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第398页。本书采周说。

非罗马自由民以罗马市民权,至216年,万民法遂统一于市民法,从而宣告了罗马法的统一。

公元前1世纪,共和制被废除,罗马进入帝政时期。帝政时期分为帝政前期(公元前1世纪至公元3世纪)和帝政后期(公元3世纪至公元6世纪)。帝政前期的公元1至2世纪是罗马帝国的兴盛时期,随着商品经济的高度发展,成文法越来越占据主要地位,法律越来越统一,而万民法与市民法的融合与统一又反过来促进了罗马法和罗马法学的发展,罗马法开始获得世界性意义,此一时期被称为罗马法的“古典时期”。^① 这一阶段促进罗马法发展的一个重大因素是法学教育、研究和法学家的活动方兴未艾,那时虽无正式的学校,但法学家可以招收学生,研习法学,著书立说,蔚然成风;不仅如此,法学家除参与国家立法活动外,还解释、答复人们法律上的疑难问题,指导当事人进行诉讼等,通过这一系列活动弥补法律之不足。起初,法学家发表的意见并无法律上之效力,至奥古斯都执政时,赋予某些知名法学家以“公开解释法律之特权”,其意见一致时,即产生法律效力,不一致时也可由法官酌情采纳,法学家的解答成为了罗马法的渊源,这的确是为后人惊赞不已的,因为这种情况在后世其他各国都是未曾有过的事情。^②

帝政后期阶段的罗马法以法典编纂方面的贡献为特征,被称为“法典编纂时期”,其中较重要的法典就有15部之多。在这当中,最为重要的是如下三部:(1)《查士丁尼法典》(一译《优帝一世法典》),于公元529年公布,搜集法令约4650条,为纪念《十二表法》而分为12卷。(2)《查士丁尼学说汇编》(又名《学说汇纂》,一译《优帝一世学说汇编》),于公元533年公布,分为5卷,共汇录著名法学家39人的言论9123条。(3)《查士丁尼法学总论》(又名《法学阶梯》或《法学入门》,一译《优帝一世法学纲要》),于公元533年颁布,分为三编四卷。此三部法律加上公元565年颁布的《查士丁尼新律》(一译《优帝新律》),在公元12世纪时由法学家编纂后统称为《查士丁尼民法大全》(一译《国法大全》或《罗马法大全》),乃罗马法精华之总汇。今日所称之罗马法,即主要以此为根据。

(二) 罗马法的体系与主要内容

罗马法具有创造性和体系性的表现之一是将法律分为私法和公法,正如查士丁尼在《法学总论》中指出的,“法律学习分为两部分,即公法和私法,公法涉

^① 周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第48页。

^② 直至公元426年,罗马皇帝特奥多西乌斯二世和瓦伦提尼亚努斯三世又公布《学说引用法》,规定五大法学家的解答都有法律效力,这五大法学家是公元2世纪与3世纪之交先后产生的罗马著名法学家,即盖尤斯、伯比尼安(一译帕披尼亚努斯)、保罗(一译保路斯)、乌尔比安(一译乌尔披亚努斯)、莫迪斯蒂努斯(一译莫德斯提努斯)。参见周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第56—58页;陈盛清主编:《外国法制史》,北京大学出版社1982年版,第55页;《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第401页。

及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益”^①。私法是罗马法的精髓,占据了罗马法的绝大部分,比罗马公法要发达得多,故《查士丁尼国法大全》也称《民法大全》,罗马法系也称民法法系,私法即近现代所称之民法或民商法。私法又分为三大部分,即人法、物法和诉讼法。^②由法学家编定、查士丁尼钦定的《法学总论》(《法学阶梯》),确立了私法的三分法体系,即第一编为人法(包括法的渊源),第二编为物法(包括物、物权、继承、债、私犯、准私犯),第三编为诉讼法。这一体系被称为法学阶梯式立法体系,后为《法国民法典》所承继。

罗马法的主要内容概述如下:

1. 人法

罗马法创立了“人格”的概念,其“人格”由三种身份权即自由权、市民权和家属权构成,总称为人格权。人格是享有权利和承担义务的前提条件。自由权是自由民不可缺少的权利,人可生而为自由民,也可因解放或其他原因成为自由民。市民权是指罗马公民所享有的某些特权,包括财产、婚姻、遗嘱能力、荣誉、担任官职等,这是罗马市民区别于异邦人的标准(后来这种区别被取消)。家属权则实指家长权,即家父对于妻、子女的权利。婚姻依结婚的方式不同分为有夫权婚姻与无夫权婚姻。对未适婚人和女子设立监护制度,对未成年人、精神病人和浪费人设立保佐制度。

2. 物法

罗马法依据不同标准对作为权利客体的物作了详细的分类,如有体物与无体物、要式转移物与略式转移物、主物与从物、融通物与不融通物、可分物与不可分物等。

对物直接行使并排除他人干涉的权利在罗马法上称为物权。物权分为自物权和他物权,自物权即指所有权,他物权则指标的物属于他人所有的物权。罗马法创设的物权包括所有权、役权、地上权、永佃权、质权和抵押权等六种。物权被抽象出支配权、绝对权和排他性三大特征。所有权的权能包括使用权、收益权和处分权,占有则不属所有权权能,而作为一种事实,对这种事实罗马法通过或是肯定或是否定的途径以维护社会经济关系之稳定,故占有成为罗马法一项独立于所有权的制度。

债分为两种:一为由双方当事人签订契约而所生之债,称为契约之债;一为侵害他人人身或财产的侵权行为所生之债,称为私犯。契约的形式包括四类,即要物契约、口头契约、文书契约和合意契约,其中合意契约流行最广。私犯分为

^① [罗马]查士丁尼:《法学总论》(《法学阶梯》),张企泰译,商务印书馆1989年版,第1—2页。

^② 依近现代公私法的划分理论,诉讼法当属公法,但罗马法将诉讼法置于私法中,这是因为罗马法认为民事诉讼是为了私人的利益。此外,罗马法把盗窃、诽谤等视为侵犯私权的行为,也归入私法。公法与私法的划分标准在资产阶级法治确立后有了变化和发展。